USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 2, octubre 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La aplicación de un estándar objetivo para la cuantificación del daño a la reputación en los influencers

The Application of an Objective Standard for the Quantification of Reputational Damage in Influencers

Daniela Endara Bastidas*
Diego Jaramillo Intriago**
Andrea Micchaella Beltrán Bonilla***

Recibido / Received: 29/06/2022
Aceptado / Accepted: 11/09/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2748

Citación:
Endara Bastidas, D., Jaramillo Intriago D., Beltrán Bonilla A. «La aplicación de un estandar objetivo para la cuantificación del daño a la reputación en los influencers». *USFQ Law Review, Vol 9*, no 2, octubre de 2022, pp. 1-17, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2748

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: dendarab@outlook.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5351-2443

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: diego44j@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1107-3032

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: andreabeltran0526@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0736-0001

Resumen

Este trabajo analiza la necesidad de establecer si objetivamente se produce un daño reputacional a través de redes sociales, debido a la falta de normativa idónea dentro del Ecuador. En primer lugar, se plantea qu*é* es el daño reputacional y su significado. En segundo lugar, se revisa cu*á*ndo se configura tal daño en el contexto de las redes sociales. En tercer lugar, se examina la afectación que este puede tener, especialmente en los *influencers,* ya que la base de sus ingresos económicos generalmente se basa en dicho contexto. Así, se plantea un sistema objetivo de cuantificación de los daños reputacionales. Este sistema se basa en la normativa ya presente en el Ecuador, la cual es escasa y no logra suplir *íntegramente* lo que puede acontecer con dicho daño. Adicionalmente, se toma en cuenta normativa de ciertos países como Argentina, Colombia y España, para plantear la cuantificación objetiva y que, de cierta forma, permita el resarcimiento de daños provocados por la afectación a la reputación de un *influencer.*

Palabras clave

Daño reputacional; honor; cuantificación; influencers; redes sociales; estándar objetivo; no taxativo; afectación; indemnizaciones

Abstract

This work is based on the need to establish if objectively reputational damage is produced through social networks, due to the lack of suitable regulations in Ecuador. First, it is stated the meaning and definition of reputational damage. Then, the moment when the damage occurs on social networks its reviewed. And finally, it analyses the affectation that influencers may have because their economic income is based on social networks. This is how the article propose an objective system of quantification of reputational damages. This system is based on the poor regulations already present in Ecuador, which does not successfully cover every related case. In addition, the article considers regulations of other countries, such as Argentina, Colombia, and Spain, to propose the objective quantification and allow the compensation of damages caused by the affectation of the reputation of an influencer.

Keywords

Reputational damage; honor; quantification; influencers; social networks; objective standard; non-exhaustive; affectation; indemnities

1. Introducción

En un mundo digitalizado, el día a día de la mayoría de las personas se basa en las redes sociales. En ellas existen varios tipos de usuarios. Por un lado, están aquellos que dedican su vida a la creación de contenido, conocidos como *influencers*. Por otro, están los que consumen ese contenido. El presente trabajo se enfocará en el primer grupo. Aquellos que dedican su vida a generar vistas y crear una comunidad que consuma todo el contenido que producen. Es así como muchas veces su economía depende de la cantidad de seguidores y vistas que reciben como respuesta a sus publicaciones. Sin embargo, independientemente del fin que persigan, estas personas publican su vida diaria. Por tanto, se encuentran ante el riesgo de que sus acciones puedan ser juzgadas a tal punto que su reputación está siempre en juego.

Para empezar, es necesario definir el concepto de reputación. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, tiene dos acepciones: la primera se refiere a la opinión o consideración en que se tiene a alguien, y la segunda es el prestigio o estima en que alguien puede ser tenido. A nivel jurídico, la reputación es un derecho de la personalidad que puede ser afectado. Dicha afectación, puede llegar a producir graves perjuicios para una persona, sobre todo a una cuya visibilidad pública en redes sociales hace que se encuentre expuesta a un riesgo como el antes descrito. Con lo cual, pueden existir daños hacia la persona. Es entonces cuando el régimen de responsabilidad civil cobra sentido. Especialmente cuando ha existido un daño a consecuencia de un hecho ilícito.

El daño puede ser categorizado como patrimonial o extrapatrimonial, sobre la base del sentido pecuniario. Para el estudio que nos ocupa, el daño extrapatrimonial es aquel que afecta un bien jurídico protegido que no es cuantificable en dinero, como lo es la reputación de un *influencer*. Las categorías de daños extrapatrimoniales no son taxativas, sin embargo la doctrina ha establecido algunas de ellas. Entre esas se encuentra la lesión a los derechos de la personalidad. Enrique Barros sostiene que estas constituyen un daño propiamente moral.[1]

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2232 del Código Civil prescribe que los daños morales pueden ser demandados y son indemnizables cuando se pueda justificar la gravedad particular de un perjuicio sufrido.[2] Dentro del mismo artículo, se hace referencia a que "[…] están especialmente

1 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 287.

2 Artículo 2232, Código Civil [CC], RO. Suplemento 46, 22 de mayo de 2016, reformado por última vez R.O. Quinto Suplemento No. 561 de 19 de octubre de 2021.

obligados a esta reparación quienes, en otros casos de los señalados en el artículo anterior, **manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación**" (énfasis añadido).[3]

Para un mejor entendimiento es importante hacer una diferenciación entre la injuria y la difamación. Dentro del fallo de segunda instancia del caso Morales c. Interoceánica, se determina que el bien jurídico que se protege de la difamación es el honor objetivo, el cual puede traducirse a la buena reputación que una persona obtiene por sus relaciones sociales. Mientras que la injuria protege al honor subjetivo, es decir la manera en la que cada individuo se ve a sí mismo. Otra diferencia que se plantea es que la injuria tiene como base solamente juicios de valor, mientras que la difamación se refiere a la difusión de hechos idóneos para afectar la reputación de una persona.[4] Por ejemplo, en el caso de los *influencers,* se sufre de injuria si es que son insultados con palabras o gestos mientras realizan una transmisión en vivo o durante una interacción con sus seguidores como entrevistas o eventos públicos. Por su parte, la difamación se produce en ausencia del ofendido, lo cual podría agravar la situación cuando el *influencer* desconoce la ofensa de la cual está siendo víctima a través de publicaciones o acciones verbales, sin que se den en presencia del ofendido.

De la aplicación del artículo 2232 del Código Civil se puede deducir que si un *influencer* considera que su reputación se ha visto afectada por el actuar antijurídico de una persona, puede demandarla por concepto de daño moral; específicamente, por el daño reputacional que ha sufrido. Por tanto, un juez podrá declarar la existencia del daño y ordenar la indemnización de los perjuicios que se le han producido al *influencer.*

Sin embargo, el último inciso de dicho artículo trae un problema debido a que deja a la prudencia del juez la determinación del valor a indemnizar en los casos de daño moral. Del artículo se desprende lo siguiente:

> La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, **quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización** atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo (énfasis añadido).[5]

Por tanto, la valoración del daño atenderá al criterio subjetivo que tenga el juez que conozca la acción. La doctrina ha criticado la discrecionalidad que tiene el juez para establecer el monto indemnizatorio indicando que podrían

3 Id.
4 Causa No. 17113-2014-2507, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 03 de febrero de 2016.
5 Artículo 2232, CC.

dejarse de lado la objetividad al momento de cuantificar el daño.[6] Además, si se sigue el principio de equidad que hace referencia a dar a cada uno lo que le corresponde, todos los creadores de contenido que consideren que existe un daño a su reputación deberían ser indemnizados siguiendo los mismos parámetros. No obstante, esto no puede ser así porque un elemento que debe tomar en cuenta el juez a la hora de determinar el *quantum* es la influencia que tiene este creador en las redes sociales. Si bien esta es un carácter subjetivo, puede medirse a través de estándares objetivos que se explicarán con mayor profundidad a lo largo del presente artículo.

Como punto de partida para sustentar la hipótesis de un sistema de cuantificación objetivo, se analizará la definición de daño reputacional y cómo se puede ver afectada la reputación de una persona en redes sociales. Después, se hará un análisis del sistema de cuantificación de daño moral y cuál se aplica en Ecuador. Finalmente, se propondrá una forma de cuantificación de los daños mediante un análisis comparado de lo que sucede en otras legislaciones. Con esto se demostrará la hipótesis planteada de que se pueden cuantificar los daños a la reputación de un *influencer* mediante estándares objetivos.

2. Daño reputacional: definición y alcance

En primer lugar, se debe establecer qué es el daño reputacional y en lo que se basa. El daño reputacional es una afectación a lo que no es parte del patrimonio de una persona porque no tiene un valor económico y este no puede ser percibido de tal forma. A este daño también se lo conoce como una lesión a los derechos de la personalidad, justamente porque no se da una afectación al patrimonio. Bonilla, Vergara y Santamaría establecen que: "tradicionalmente se ha visto al daño moral como aquel sufrimiento moral o físico no apreciable en dinero, generado por el acontecimiento de un hecho".[7] Es decir, que la falta de apreciación en dinero de estos daños no permite su consideración como una afectación al patrimonio. Asimismo, el menoscabo que se puede sufrir porque se provocó un daño reputacional involucra una violación a los derechos de la personalidad con especial énfasis en el derecho a la honra.[8] Esto se da por el hecho de que se afecta lo que una persona es, más no lo que tiene. En este orden de ideas y debido a la relación que existe entre el daño reputacional y la afectación a la honra de una persona, es menester precisar qué es el honor y cómo este puede sufrir cierto perjuicio. De acuerdo con lo que Gómez y Villanueva plantean, el honor tiene dos sentidos amplios de la palabra. Por un lado, el honor subjetivo es aquel que se refiere a la propia dignidad, y el honor

6 Roberto H. Brebbia, *El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño* (Michigan: Orbir,1967), 122-134.

7 Emilia Soledad Bonilla Manotoa, María Victoria Vergara Caicedo y Camila Santamaría Viteri, "La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: Mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos", *USFQ Law Review 7*, no. 1 (Septiembre 2020): 191, https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1680.

8 Ibid., 192.

objetivo es la opinión que los demás tienen de una persona en específico. De esto, se puede ver que el honor objetivo es la reputación de alguien.[9] Para efectos de este análisis se tomará en cuenta solamente el honor objetivo debido a las implicaciones que una afectación al mismo puede tener en una persona.

Es necesario recalcar la importancia que tiene el honor dentro del ordenamiento jurídico y por qué su afectación tiene varias implicaciones. La Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su artículo 12 que: "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación".[10] De igual forma, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dentro de su artículo 17, número 1, recoge de la misma manera la prohibición de atacar la honra y la reputación de una persona.[11] Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), reconoce el derecho de las personas al respeto de su honra y dignidad dentro del art. 11, número 1: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".[12] Adicionalmente, el número 2 plantea la misma idea que el resto de los instrumentos internacionales mencionados. Este reconocimiento de la honra como un derecho humano demuestra la relevancia que tiene el mismo y la protección que se le debe dar debido a su estatus de derecho humano.

En el Ecuador, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 66 número 18 de la Constitución de la República, por lo que tiene rango constitucional. Para efectos de la materia, es necesario reconocer la mención que realiza el Código Civil respecto a la reputación y el daño que puede sufrir. Dentro del amplio catálogo de daños que se encuentra presente en el Código Civil, no existe una mención extensa sobre qué es el daño reputacional y sus implicaciones. Sin embargo, se trata de manera general qué es el daño moral y las afectaciones e indemnizaciones cuando se incurre en este daño.

El Código Civil en su artículo 2232 brinda al juzgador la potestad de cuantificar el daño extrapatrimonial en un monto pecuniario. Este artículo prevé expresamente la afectación que puede sufrir una persona en relación con su reputación. También establece la manera de calcular su indemnización.

Además, en el Ecuador se reconoce tácitamente un estándar o deber general de no dañar a otras personas.[13] Esto aplica a cualquier campo de la vida en sociedad. Por lo tanto, se entiende que este deber está presente en las redes socia-

9 Perla Gómez Gallardo y Ernesto Villanueva, *Libertad de expresión y sus implicaciones legales Análisis normativo de los delitos contra el honor en América Latina.* 1ª. ed. (Quito: Editorial Quipus, CIESPAL, 2010), 81.

10 Artículo 12, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

11 Artículo 17.1, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, New York, 16 de diciembre de 1966.

12 Artículo 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1979.

13 Ana Paula Flores Larrea, Iván Andrés Izquierdo Izquierdo y Felipe Nicolás Guzmán Burbano, "La vigencia del alterum non laedere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?", *USFQ Law Review 8,* no.1 (mayo 2021): 162-164, https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2182.

les. Sin embargo, esto no ocurre y usualmente se ven personas que han sufrido una afectación a través de estos medios. El caso Domino's resulta ilustrativo, pues se evidencia un verdadero daño reputacional a la reconocida empresa por parte de un video que subieron dos de sus trabajadores.[14]

2.1. ¿Cómo se puede producir el daño reputacional en redes sociales?

Las redes sociales se han convertido en el medio de comunicación más importante que se tiene hoy en día, debido a la gran conectividad y accesibilidad que las mismas poseen para todo el mundo. La cantidad de beneficios que brindan son innumerables, pero han existido afectaciones que el derecho no ha sabido cómo tratarlas por su carácter moderno e innovador. Estas consideraciones llevan a un problema aún mayor porque no se sabe con exactitud si es que efectivamente se puede provocar un daño reputacional con el empleo de estos medios de comunicación.

El derecho ha tratado de suplir el vacío de si en realidad las afectaciones que se dan en redes sociales son jurídicamente relevantes y qué materia sería aplicable. Es por esto que Cantoral Domínguez plantea que, "ante un uso equivocado de [redes sociales], se pueden detectar conductas generadoras de responsabilidad civil, penal y administrativa, que llegan a provocar daños irreparables".[15] Es decir, se puede generar daño reputacional a través de redes sociales, y es susceptible de una indemnización o sanción. Para efectos de tratar sobre el daño reputacional, nos basaremos únicamente en materia civil.

Así, una persona puede sufrir un daño reputacional por medio de las redes sociales cuando alguien ha realizado un comentario, ha compartido información falsa o se ha sentido socialmente afectado por lo que otra persona ha compartido. Por ejemplo, en el supuesto en el que una persona o grupo de personas establezcan una campaña de odio con información falsa hacia un *influencer*, este puede exigir una indemnización por daño reputacional en caso de que se compruebe la afectación a su derecho a la honra. Sobre la base del ejemplo anterior, podemos inferir que el problema recae en cuál es un valor justo para resarcir el daño cometido. Sin embargo, esto no significa que al no existir parámetros equitativos para determinar la afectación por dicho daño se debe dejar sin consecuencias a la persona que lo ha provocado. Como bien se

14 La compañía internacional nacida en Estados Unidos se vio afectada en su reputación cuando un video publicado por dos trabajadores se viralizó. Dicho video, contenía preparaciones de platos del restaurante en los cuales se violaba el código de sanidad del estado de Carolina del Norte. En cuestión de horas las cuentas de Domino´s de distintas redes sociales se vieron llenas de comentarios negativos, lo que repercutió en una desconfianza de los clientes hacia la marca y así una reducción de ingresos. Stephanie Clifford, "Video Prank at Domino´s Taints Brand". Vídeo de The New York Times, 1:12. Publicado el 16 de abril de 2009). https://www.nytimes.com/2009/04/16/business/media/16dominos.html

15 Karla Cantoral Domínguez, "Daño moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado", *Revista IUS 14*, no. 46 (Diciembre 2020): 169, http://orcid.org/0000-0001-9778-4021.

dijo, este daño puede ser provocado por crear, compartir y difundir fotos, audios, videos o información falsa sobre una persona y basta con que el *influencer* se sienta afectado de manera considerable para que el daño se configure. Tal y como lo plantean Gómez y Villanueva:

> Es cierto que se menciona que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra y a la reputación; […] pero la dificultad de acreditar el menoscabo de los atributos de la personalidad de contenido moral no puede significar que se dejen sin compensación tales afectaciones.[16]

Si bien es posible la cuantificación del daño reputacional de acuerdo con lo que establece el Código Civil ecuatoriano, podría traer mayores beneficios separarse del actual sistema que recoge el artículo 2232. Para un mejor entendimiento, a continuación se procederá a hacer un análisis de los sistemas de cuantificación, y en específico el que aplica al Ecuador.

3. Sistemas de cuantificación de daño moral: subjetivo y objetivo

Para la cuantificación del daño moral existen dos sistemas: el subjetivo y el objetivo. En esta sección se analizarán ambos con el fin de explicar las fortalezas y debilidades de cada uno. A continuación, se comenzará analizando el sistema subjetivo.

La adopción de un sistema subjetivo para la cuantificación del daño moral deviene en que el juez analizará los hechos más relevantes para la determinación de este tipo de daños.[17] Consecuentemente, la indemnización quedará a prudencia del juzgador. Una debilidad de esto es que puede existir una repercusión en el principio de igualdad ante la ley. Esto puede resultar en que un mismo daño no siempre reciba la misma indemnización ante jueces distintos. El sistema se ha visto fortalecido a través del establecimiento de pautas que debe seguir el juez para la valoración y la exigencia de una debida motivación sobre el monto que está otorgando. De esta manera, se debe demostrar la proporcionalidad entre el daño y el monto de indemnización establecido.

Por su parte, la adopción de un sistema objetivo deviene en la imposición de parámetros determinados que el juez debe seguir para cuantificar la indemnización. En varias legislaciones se ha implementado el uso de baremos estadísticos o técnicos. Esto es una fortaleza del sistema porque la cuantificación se

16 Perla Gómez Gallardo y Ernesto Villanueva, *Libertad de expresión y sus implicaciones. Análisis normativo de los delitos contra el honor en América Latina (Quito: Quipus, 2010),* 84.

17 Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 313.

hace sobre la base de fórmulas y evita que se den indemnizaciones diferentes para cada caso, manteniendo el principio de igualdad. Sin embargo, una debilidad de estos es que generalmente existen solo para los casos de daños corporales.[18] Se genera un problema debido a que el juez no puede tomar en cuenta las particularidades de cada caso para ajustar la indemnización al mismo.

El Ecuador ha adoptado el sistema subjetivo para la valoración del daño moral como se desprende del artículo 2232 del Código Civil. A continuación, se procederá a analizar el mismo y porqué no es óptimo aplicarlo en los casos de daño reputacional que puede sufrir un *influencer*.

3.1. El sistema de cuantificación de daño moral en el Ecuador

El daño a la reputación entra en una de las categorías de daño extrapatrimonial, como se explicó anteriormente. Dicha categoría es de las lesiones a los derechos de la personalidad, que a su vez se encuentra dentro de la gran categoría denominada daño moral. De igual manera, se ha hecho mención a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce que pueden existir indemnizaciones por daño moral y prescribe que el valor que se determine como indemnización quedará a la prudencia y criterio del juez que conozca la acción.

Uno de los principios rectores en el régimen de responsabilidad es el de reparación integral que está contenido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.[19] Respecto del principio en mención, Zannonni indica que existe una verdadera reparación cuando esta es perfectamente compensatoria. Es decir, con el monto de reparación la víctima sentirá que el daño sufrido se vuelve indiferente.[20] Por tanto, debe volver al estado anterior al que se generó el hecho antijurídico, en este caso, antes de que su reputación se haya visto afectada.

Para conseguir esta reparación integral el juez debe apegarse a lo que la ley determina. Sin embargo para la cuantificación del daño moral, como se vio en un principio, la ley no prevé cómo se debe determinar el *quantum*, sino que lo deja a la prudencia del juez. Con la salvedad de que siga los principios de justicia y equidad. El hecho de que la ley determine que la cuantificación de los daños extrapatrimoniales quedará a la prudencia del juez, no significa que no exista un límite. Existe una discusión respecto de si la demanda por daño moral debe tener una cuantía indeterminada o no. El tribunal de la Corte

18 Ibid., 318.

19 Artículo 76.2, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

20 Eduardo A. Zannoni, "Significado y alcance de la cuantificación del Daño", *Revista de Derecho de Daños 1*, no. 3 (Abril 2001): 8. https://www.rubinzal.com.ar/tienda/single_product5.php?idrevista=2#question64

Provincial de Pichincha que conoció el recurso de apelación interpuesto en el juicio ordinario no. 873-2010 por daño moral sostuvo que "en el caso de daño moral, por su naturaleza, la cuantía es indeterminada".[21] No obstante, para efectos de este artículo se sostiene la tesis de que la cuantía para estos casos debe ser determinada en la demanda. En este sentido, el límite está dado por la parte actora en su pretensión. No obstante, el juez puede otorgar más de lo que se solicita dependiendo de sus consideraciones respecto del caso.

Por otra parte, la jurisprudencia ecuatoriana no es uniforme en el tema de cuantificación del daño moral. A pesar de que existen límites como la motivación, la prudencia, entre otros, los mismos pueden no ser tomados en cuenta y —como se demostrará— se ha llegado a determinar indemnizaciones millonarias injustificadamente, por ejemplo: en el caso de Rafael Correa c. Banco Pichincha.[22] En un breve resumen, Rafael Correa Delgado indicó que había sufrido daño a su reputación debido a que se le había puesto en la Central de Riesgos por adeudar $136,98 dólares de los Estados Unidos de América, de una tarjeta de crédito emitida por Banco Pichincha. Sin embargo, él no había realizado dichos gastos en esa tarjeta. El juez que llevó el caso le otorgó una indemnización de $5.000.000 de dólares de los Estados Unidos de América. De lo expuesto, se logra evidenciar que no existe proporción ni objetividad entre el daño causado y la indemnización otorgada. Además, no se aplicaron correctamente los principios de reparación integral, justicia, ni equidad; ya que en ningún otro caso que ha tenido elementos similares se ha otorgado una indemnización tan alta. Por tanto, se evidencia que, para la cuantificación del daño reputacional, en este caso el juez fijó un valor a su arbitrio sin suficientes argumentos.

A raíz de ello, cabe mencionar que el límite de motivación ha sido más exigente. En el proceso no. 01803-2018-00396 del 08 de septiembre de 2021 la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia que conoció el recurso de casación presentado, decidió casar la sentencia puesta en su conocimiento por falta de motivación a la hora de cuantificar el daño moral. En este caso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca decidió otorgar como indemnización por daño moral la cantidad de $10.000 dólares de los Estados Unidos de América al accionante. Sin embargo, al momento de motivar la razón de por qué se otorgó esta cantidad, se limitó a enunciar doctrina y jurisprudencia sin hacer un análisis de cómo aplicaría al caso en concreto. Respecto de esto, el tribunal de la Corte Nacional menciona que la Corte Constitucional en la sentencia no.860-12-EP/19 "ha señalado que la simple enunciación abstracta de doctrina no cumple con los parámetros mínimos del derecho al debido proceso en la garantía

21 Causa No. 873-2010, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 7 de junio de 2012.

22 Causa No. 946-2009-SR, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 28 de abril de 2010.

de la motivación".[23] Además, se establece que la misma Sala en la sentencia de casación de 11 de junio de 2021 dentro del caso no. 17811-2017-00669, determinó que la sola referencia a jurisprudencia, sin hacer una identificación concreta de los casos ni explicar la pertinencia de su aplicación con los hechos controvertidos, implica un incumplimiento al deber de motivación.[24] De esta manera se observa que el límite de motivación tiene una mayor exigencia en la actualidad.

Pese a esto, se considera que no es factible entregar tanto poder al juez ni dejar que la cuantificación quede a la subjetividad de su prudencia. Analizándolo con el tema propuesto, podría darse el supuesto de que un juez otorgue una mayor indemnización solo por considerar que una persona es más influyente. En consecuencia, podría darse el caso de que se otorguen indemnizaciones millonarias o muy mínimas por no analizar objetivamente cómo repercute el daño en el individuo. De esta manera, en la siguiente sección se analizará el criterio objetivo que se propone como una solución anticipada para la problemática propuesta en el presente trabajo.

4. Propuesta de cuantificación del daño reputacional

Como se analizó en la sección anterior, la cuantificación del daño moral, y por ende el daño reputacional es ciertamente compleja. Esta complicación nace en esencia del carácter subjetivo del daño reputacional. Empero, a lo largo de esta sección se podrá observar que sí se pueden tener estándares objetivos para cuantificar el daño que —como ya se dijo— es completamente subjetivo. Además, se estudiarán distintas jurisdicciones, las cuales han tenido interesantes soluciones para cuantificar el daño moral. Finalmente, propondremos un nuevo sistema de valuación del *quantum* indemnizatorio del daño reputacional para el caso de los creadores de contenido en redes sociales.

El daño reputacional es uno de los conceptos más abstractos existentes en el mundo jurídico. Consecuentemente, es una tarea muy compleja el cuantificar el valor de una indemnización por este tipo de daño. Por esto en el Ecuador —como vimos en el título anterior— se le otorga autonomía al juez para definir el *quantum* del daño en cada caso en particular. Sin embargo, esta manera de cuantificar el daño reputacional puede resultar no objetivo y en ciertos casos, arbitrario. A continuación, se analizará el sistema de cuantificación del daño moral en tres jurisdicciones distintas al Ecuador.

23 Causa No. 01803-2018-00396, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 08 de septiembre de 2021, párr. 4.17.
24 Causa No. 01803-2018-00396, párr. 4.18.

4.1. Argentina

El sistema jurídico argentino utiliza un método de valuación del daño extrapatrimonial aparentemente similar al ecuatoriano. El artículo 1332 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".[25] En otras palabras, se debe analizar el nivel de compensación y la satisfacción de la persona damnificada. Sin embargo, la manera en la que está redactado el artículo permite un amplio margen de discrecionalidad del juez en el *quantum* del daño dictando sentencias con cuantías exorbitantes[26] o —por el contrario— ínfimas,[27] las cuales fueron impugnadas. La falta de detalle en la legislación argentina sobre la indemnización del daño moral ha obligado a implementar doctrina autorizada para considerar otros sistemas de valoración. En esta, se presenta un sistema dualista de cuantificación del daño. Estos estándares de cuantificación se basan, el primero en el buen saber y entender del juez, y el segundo en un cálculo numérico objetivo.[28] El ordenamiento argentino trató de obviar este sistema acogiendo el segundo estándar de cuantificación únicamente en indemnizaciones por daño moral y, en consecuencia, reputacional. Sobre esto Gonzales Zavala menciona que:

> [u]na decisión que no aplique algún tipo de mecanismo actuarial será *contra legem*. Lo dicho no descarta que el juez, después de hacer los cálculos matemáticos, intente demostrar (de manera fundada, con ex- aplicaciones concretas) que el resultado al que se llega con la fórmula resulta inadecuado para el caso concreto.[29]

En este sentido, se genera un sistema híbrido de cuantificación que se basa en criterios objetivos como prueba de un monto preciso en razón del daño moral. La cuantificación está sujeta a revisión posterior dependiendo del caso. Del análisis previamente realizado, es posible deducir que el sistema argentino es de los sistemas más avanzados en América Latina porque considera que los jueces no son entidades infalibles que siempre tendrán la razón. De esta manera, ayudan a los administradores de justicia a ejercer sus facultades de la manera más justa estableciendo un estándar objetivo basado en cálculos económicos. Asimismo, se aseguran de que el sistema indemnizatorio sea equitativo tanto para el accionante como para el accionado. Además de establecer un estándar justo, le atribuye facultades de autoridad a los jueces para

25 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, [CCN], Ley 26.994, 07 octubre de 2014.

26 Sentencia de Segunda Instancia en el caso Santa Coloma, Luis c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05 de agosto de 1986.

27 López Quirós, c. Citibank N.A., Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil Comercial, 20 de junio de 2006.

28 Silvina del Carmen Furlotti Moretti, "El Daño Resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México 14*, no. 46 (Julio-Diciembre 2020): 19, http://orcid.org/0000-0002-1415-265X.

29 Rodolfo M. González Zavala, "¿Cuánto por incapacidad?", *RCCyC 191,* (Mayo 2016).

que modifiquen este valor tomando en cuenta su conocimiento en el derecho y sus consideraciones en cada caso concreto. No siendo suficiente, la facultad del juez de modificar el cálculo realizado en un primer momento, está sujeto a una explicación detallada del aumento o disminución de la cuantía. Esto limita la arbitrariedad del juez.

4.2. Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano, en cambio, no precisa el significado de daño reputacional. Mediante un análisis sistemático de la jurisprudencia y la doctrina colombiana es factible definirlo como un detrimento al patrimonio moral de la persona. Sobre este antecedente la Sentencia C-489/02 menciona que:

> [E]ste derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social [...] El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.[30]

Por ello se presenta la necesidad de establecer una manera para indemnizar este daño contenido en lo que Colombia llama daño moral. Frente a esta necesidad, el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 plantea un estándar de cuantificación y explica que se deben tomar en cuenta "factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado"[31]. En este orden de ideas, la jurisprudencia también se ha pronunciado y ha interpretado este artículo reduciendo sus requisitos a dos criterios objetivos fundamentales: "la afección de la víctima y la responsabilidad del victimario".[32] En otras palabras, esencialmente se debe analizar la culpa o dolo de la persona que comete el daño y la afectación real que sufrió el damnificado.

Sobre el primer punto a tratar, el examen de intencionalidad es en sí mismo un análisis objetivo. Tiene este carácter, porque en el caso particular del daño a la reputación en redes sociales es indiscutible que el dañar a otra persona debe ser un acto intencional. Sin embargo, sobre el segundo punto, en este ordenamiento es complicado definir cuál fue la gravedad de la afectación que sufrió. Debido a esto, un Senador de la República de Colombia ha propuesto lineamientos generales en los cuales se establece un sistema de puntuación para definir el nivel de afectación de la víctima.[33]

30 Caso no. C-489/2, Corte Constitucional de Colombia, 26 de junio de 2002.
31 Ley 599 de 2000, Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000.
32 Sentencia 4978, Corte Suprema De Justicia De Colombia, Sala De Casación Civil y Agraria, 5 de mayo de 1999.
33 Proyecto de ley No. 104/20. 2018-2022 [Regula la indemnización de daños], reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

Ligero	1-6
Moderado	7-13
Medio	14-21
Importante	22-30
Muy importante	31-40
Importantísimo	41-50

En consecuencia, en principio existe una suerte de objetivismo en la valuación indemnizatoria de un daño a la personalidad. Empero, este estándar supuestamente objetivo sigue dependiendo —en su génesis— de la discrecionalidad del juez. Es decir que el juez es el que define la gravedad de la afectación de la víctima y consecuentemente el *quantum* de su indemnización. Por esto, el sistema colombiano en realidad es un sistema subjetivo que depende del buen juicio del administrador de justicia. Pero se tienen criterios objetivos que deben ser aplicados.

4.3. España

El sistema español mantiene una corriente clásica para la valuación del daño reputacional. De hecho es bastante similar al sistema ecuatoriano por establecer que los jueces deben resolver sobre la base de su conocimiento, cada caso en concreto. No obstante, este sistema, en palabras de Jordi Alimany, debe "basarse en [*primero*] la gravedad de los hechos, [*segundo*] la intencionalidad de estos y [*tercero*] el grado de difusión a terceros".[34]

El primer requisito se refiere a la afectación que ha recibido la víctima. Para cuantificar esto, se utilizan baremos o tablas con un sistema de puntos el cual fue heredado al sistema colombiano como vimos anteriormente. La Ley 35/2015 en su artículo 104 establece que el régimen de valoración económica del daño extrapatrimonial se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2.[35] Sin embargo, estos baremos no contemplan las vulneraciones a los derechos de la personalidad o a la reputación como tal. La calificación de gravedad no tiene un criterio objetivo como lo tendría algún otro tipo de valuación dañosa en España. Es decir, la intensidad de la afectación espera a ser determinada por la prudencia del juez competente en cada caso.

El segundo requisito, se refiere en cambio a la intencionalidad del acto. La acción dañosa que afecta a la reputación de las personas, en este caso en

34 Jordi Alimany. Compensación económica del daño moral en España. (Bruselas: Mondaq, 2019). https://www.mondaq.com/trials-appeals-compensation/875998/compensacin-econmica-del-dao-moral-en-espaa.

35 Ley 35/2005, «BOE» núm. 228, 23 de septiembre de 2015.

redes sociales, no puede darse sin la convicción e intención del que realiza el acto. Por tanto, se reduce a una calificación objetiva en sí misma.
El tercer requisito cobra mucha importancia cuando hablamos del daño reputacional en redes sociales. Esto podría reflejarse en un carácter objetivo con ayuda de las herramientas digitales que miden la difusión de cierta publicación o alcance que tiene un determinado *influencer*. De esta forma, es clara la posibilidad de medir la difusión que tuvo una determinada publicación al analizar cuántas personas se detuvieron a ver o interactuar para que se produzca la afectación.

A lo largo de toda esta sección se han analizado distintas maneras de valuación del daño reputacional que pueden utilizarse para cuando surge de actos dentro de redes sociales. El objetivo de este análisis es desarrollar una opción factible para aplicar en el sistema ecuatoriano. De esta forma, integrando los tres ordenamientos antes mencionados, podremos generar una manera de valuación ideal para el sistema ecuatoriano en lo que respecta al daño reputacional que pueden sufrir los *influencers*. Este sistema consiste en tres puntos principales.

Primero, tomar cálculos matemáticos para definir el *quantum* indemnizatorio. Estos pueden ser basados en estándares objetivos como pérdida de seguidores, cantidad de personas que dejaron de consumir su contenido y el nivel de alcance o difusión que tuvo la publicación o publicaciones que causaron la afectación. Segundo, otorgar al juez una facultad de modificación del *quantum* para que no pierda su cualidad de administrador de justicia. Tercero, y conectado con el punto anterior, requerir que los jueces fundamenten el aumento o disminución del *quantum* basado en los requisitos de la gravedad, la intencionalidad y grado de difusión a terceros. De esta manera, aseguramos que en principio la cuantificación del daño se haga por un método objetivo, el cual esté sujeto a una revisión de opinión judicial posterior. En este sentido, en el Ecuador se remplazaría el estándar subjetivo que tienen los jueces para la determinación de la indemnización. Y se obligaría a que su decisión se acople a cada caso concreto admitiendo flexibilidad en el *quantum* final con una debida motivación.

5. Conclusión

Ciertamente, el daño extrapatrimonial tiene un alto nivel de complicación al momento de definir una indemnización justa. Esto se intensifica aún más cuando el daño es a través de redes sociales y genera un perjuicio real. El

perjuicio puede ocurrir cuando se vulnera la reputación de una persona que es reconocida en las redes. Los *influencers* son conocidos mundialmente como personas que generan contenido para que otras personas consuman y disfruten de este. De hecho, esta actividad se ha vuelto tan popular en el mundo hiperconectado en el que vivimos que permite lucrar de estas actividades. Por ejemplo, ciertas plataformas tienen el sistema de monetización que funciona como una recompensa al *influencer* por generar contenido en su aplicación. Por lo tanto, se puede concluir que su reputación dentro de las redes sociales es la que genera un beneficio económico para estas personas.

Al tener ingresos directos derivados de las actividades de generación de contenido en redes sociales, los *influencers* pueden verse afectados por terceras personas, generando así responsabilidad civil para los que cometen estos actos. Esta situación genera la necesidad de tener un sistema de indemnización para las circunstancias en las que se vea afectada la reputación, que es un derecho de la personalidad de los sujetos. A lo largo de este artículo se han contrastado distintos tipos de indemnización arrojando las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el sistema de valuación del *quantum* indemnizatorio en el Ecuador ha funcionado durante algunos años. El hecho de que siga vigente con el pasar de los años no significa que es infalible. Por el contrario, se demostró que existen fallas sustanciales en este proceso. En primer lugar, se basa en un sistema subjetivo de los jueces, el cual a pesar de tener límites como la motivación, puede no resultar óptimo al momento de la valoración. Esto puede generar indemnizaciones desiguales para casos similares. De manera que se genera una jurisprudencia dispareja y no se forma un criterio uniforme en las decisiones judiciales referentes al daño extrapatrimonial, específicamente a la reputación. Además, este sistema subjetivo implica un conocimiento pulcro del sistema ecuatoriano de daños por parte de los jueces, lo que ubica al juez como un ente infalible cuyo criterio siempre será acertado. En la práctica, se ha visto que el criterio de los jueces puede verse afectado por factores externos o por errores intrínsecos de las personas.

Respecto a la complicación para cuantificar los daños reputacionales en el Ecuador, este artículo ha presentado una solución que recoge características de ordenamientos similares. Esta solución consiste en obligar al aparato judicial a cuantificar la indemnización por el daño reputacional con fórmulas matemáticas objetivas. Pero, dejando la facultad al juez para poder aumentar o disminuir este resultado ajustándolo a cada caso en concreto. Además, para evitar desigualdad en las mismas condiciones, el juzgador estaría obligado a sustentar su modificación del *quantum* de una manera concreta y lo más clara posible.

Sin perjuicio de que el presente artículo presenta la aplicación de un sistema objetivo, es importante aclarar que no se desconoce completamente el sistema

que ha adoptado el Ecuador. Al igual que el criterio de los juzgadores, la solución presentada en este escrito no es infalible. Sin embargo, es lo más cercano para cumplir con la máxima del derecho de dar a cada uno lo que se merece, y así, obtener decisiones justas para controversias que surjan de una violación a la reputación de los *influencers* en redes sociales.